

# Kommentare

Sibylle Raasch

## Krieg auch mit den Waffen der Frau?

Das Jahr 1999 begann damit, daß deutsche Männer zum ersten Mal nach 1945 mit der Waffe in der Hand im Ausland Krieg geführt haben; vielleicht als humanitäre Intervention gerechtfertigt, aber auf jeden Fall: Krieg. Das Jahr 2000 beginnt ebenfalls mit einer militärischen Neuorientierung: Mit Urteil vom 11. Januar 2000<sup>1</sup> entschied der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft (EuGH) im Fall Kreil, Frauen dürften in Deutschland nicht länger vollständig vom Dienst mit der Waffe ausgeschlossen werden. Ein derartiger Ausschluss sei unverhältnismäßig und verstoße gegen die Richtlinie 76/207/EWG (Gleichbehandlungsrichtlinie).

Damit sind nicht nur die entsprechenden Vorschriften des Soldatengesetzes und der Soldatenlaufbahnverordnung, sondern auch Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG in Frage gestellt. Die Bewerbung der Elektronikerin Tanja Kreil für den freiwilligen Dienst bei der deutschen Bundeswehr, Verwendungswunsch Instandsetzung (Elektronik), hat wieder Erfolgsaussichten. Allerdings muß zuerst das vorliegende Verwaltungsgericht Hannover unter Berücksichtigung der Antworten des EuGH seine abschließende Entscheidung fällen. Eingestellt ist Frau Kreil auch danach noch längst nicht.<sup>2</sup> Seit Mitte Februar 2000 nimmt die Bundeswehr zwar allgemein Bewerbungen von Frauen für den Dienst in bewaffneten Einheiten an. Eine Entscheidung wird aber zurückgestellt, solange die notwendigen gesetzlichen Änderungen nicht vollzogen sind.

Bereits seit Oktober 1999 liegt dem Deutschen Bundestag ein Gesetzentwurf der FDP zur vollständigen Streichung des Art. 12a GG<sup>3</sup> vor. Der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages möchte jedoch das Problem erst einmal in einer parlamentarischen Anhörung unter Beteiligung der Bundestagsausschüsse für Verteidigung und für Familie, Senioren, Frauen und Jugend erörtert sehen. Im Verteidigungsministerium wird deswegen erst ab dem Jahr 2001 mit einer tatsächlichen Öffnung der Streitkräfte für Frauen gerechnet. Wie weit diese Öffnung dann im Einzelnen gehen wird, ist derzeit noch nicht abzusehen.

In der Öffentlichkeit hat das Urteil zwar Beachtung gefunden, keines Falls jedoch so heftige Debatten ausgelöst wie ein Jahr zuvor der Kosovo-Einsatz deutscher Soldaten. Dabei bricht dieses Urteil immerhin gleich mit zwei bundesrepublikanischen Traditionen: einer tief verwurzelten gesellschaftspolitischen um die Männerdomäne Krieg und einer ängstlich gehüteten rechtspolitischen um die Rangfrage zwischen Grundgesetz und Recht der Europäischen Union.

<sup>1</sup> EuGH, Tanja Kreil gegen Bundesrepublik Deutschland, Urt. v. 11. 1. 2000, NJW 2000, S. 497 ff.

<sup>2</sup> Die Klägerin hat inzwischen eine Stelle bei Siemens. Im übrigen dürfte sie nach den neuesten Bewerbungsvorgaben der Bundeswehr etwas zu klein sein. Zur Zeit ihrer diskriminierend abgelehnten Bewerbung allerdings hätte sie den Mindestanforderungen noch entsprochen. Vgl. Rübsam, J., Kämpfernatur lässt sich Zeit mit dem Kämpfen, in: taz 12. 1. 2000, S. 6.

<sup>3</sup> BT-Drs. 14/1728 (neu).

Die gesellschaftspolitische Tradition bestand bisher darin, Krieg als eine Angelegenheit zu betrachten, die bewaffnete Männer als Soldaten unter sich ausmachen. So wurden Waffendienst und Soldatentum jahrhundertlang geradezu als die wahre Betätigung und Bestätigung des sog. Mannestums im Sinne aggressiver, durchsetzungsstarker Männlichkeit öffentlich verherrlicht.<sup>4</sup> Den Frauen kam es nach diesem traditionellen Geschlechtsrollenverständnis lediglich zu, den siegreichen Kriegerinnen Blumenkränzen zu winden, den weniger siegreichen die Wunden zu verbinden (am besten unter Aufsicht eines männlichen Arztes), die Gefallenen zu betrauern (in der Regel unter Anleitung eines ebenfalls männlichen Priesters) und als Gebälerin von Söhnen die Kriegsverluste in der nächsten Generation wieder auszugleichen. Im Deutschland des 19. Jahrhunderts wurde die angebliche Unfähigkeit der Frauen, als Soldatin ihren Staat zu schützen, darüber hinaus zu dem Hauptargument konservativer Juristen und Politiker wie Robert Mohl und Heinrich von Treitschke, Frauen auch das Wahlrecht weiter vorzuenthalten.<sup>5</sup>

Das Wahlrecht erhielten die Frauen 1919 dann doch. Bezüglich des Waffendienstes blieb selbst unter Geltung des Grundgesetzes alles beim alten. Als 1956 die allgemeine Wehrpflicht für Männer wieder eingeführt wurde, schloß man Frauen über Art. 12 Abs. 3 S. 1 GG ausdrücklich von einer Dienstverpflichtung im Verband der Streitkräfte aus und verfügte zusätzlich in Satz 2: »Zu einem Dienst mit der Waffe dürfen sie in keinem Fall verwendet werden.« 1968 wurde dann im Rahmen der Notstandsgesetze über Art. 12a Abs. 4 S. 1 GG eine Möglichkeit geschaffen, im Verteidigungsfall Frauen zumindest zum Dienst im Sanitäts- und Heilwesen zu verpflichten. Danach folgte erneut der bis heute geltende Satz 2: »Sie dürfen auf keinen Fall Dienst mit der Waffe leisten«; gemeint als eine rein sprachlich bedingte Neuformulierung des bisherigen Ausschlusses.<sup>6</sup>

Die Gründe hierfür wurden im Ausschuß für Rechtswesen und Verfassungsrecht damals nur vage umrissen: Da war vom »Wesen als Frau« die Rede, dem ihr Status entsprechen müsse, oder von den funktionalen Unterschieden zwischen den Geschlechtern, die Männern die Waffen und Frauen die Babys zuordneten. Es wurde an die jungen Flak-Helferinnen der NS-Zeit erinnert, wie sie bei Fliegerangriffen getötet oder im Fall von Ängstlichkeit (sog. Feigheit vor dem Feind) auch kriegsgerichtlich verurteilt worden seien.<sup>7</sup> Im Bundestagsplenum wurde neben »Natur und Bestimmung der Frau« auch noch an die militärischen Dienste erinnert, in die Frauen »jetzt noch jenseits der Zonengrenze hineingezwungen« würden.<sup>8</sup> Es gab also eine assoziative Verbindung zwischen Frauen an der Waffe und faschistischen bzw. kommunistisch-diktatorischen Regierungssystemen. Als Hauptlinie ist jedoch erkennbar, daß der deutsche Gesetzgeber 1956/1968 einem traditionellen und polarisierendem Geschlechter-Ideal für Männer und Frauen gefolgt ist, das Frauen im Gegensatz zu Männern für den Kriegseinsatz mit der Waffe für ungeeignet hielt und sie darüber hinaus patriarchal schützend, aber auch bevormundend vor den Gefahren eines Kampfeinsatzes bewahren wollte.

4 Vgl. »Die Waffen-Lobby als Bastion hegemonialer Männlichkeit« bei Connell, R. W., *Der gemachte Mann*, Opladen 1999, S. 233 ff.

5 Vgl. Frevert, U., »Mann und Weib, und Weib und Mann«. *Geschlechterdifferenzen in der Moderne*, München 1995, S. 117 ff.

6 Vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 5. 9. 1997, NJW 1998, S. 57 m.w.N.

7 Vgl. die Zusammenstellung der Zitate bei Seidner, I., *Der freiwillige Dienst von Frauen in der Bundeswehr mit der Waffe als Gleichheitsproblem* (Diss. Trier), Aachen 1997, S. 35 ff. m.w.N.

8 Dr. Schwarzhaupt, in: *Verhandlungen des Deutschen Bundestages, Stenographische Berichte*, 1956, S. 6819 f.

Dabei wird ausgeblendet, daß Frauen auch als Zivilistinnen von kriegerischen Auseinandersetzungen betroffen waren und sind. Die Opfer unter der Zivilbevölkerung, derzeit begrifflich oft leichtfertig als »Kollateralschaden« abgetan, waren und sind in den meisten Kriegen immens hoch.<sup>9</sup> Der moderne Krieg spart keine Bevölkerungsgruppe aus, mag man auch rechtlich den Kampf auf bestimmte Personen beschränken wollen. Die Vorstellung, daß Krieg nur an der Front stattfindet, ist längst überholt.<sup>10</sup> Gerade heutigen Massenvernichtungsmitteln sind Zivilisten oft sogar schutzloser ausgesetzt als gut ausgerüstete Soldaten. Und Vergewaltigung der Frauen wird in manchen Kriegen sogar systematisch als »Waffe« zur Demoralisierung der gegnerischen Soldaten oder zur Vernichtung der reproduktiven Grundlagen eines Volkes eingesetzt.<sup>11</sup>

Insofern ist auch das Völkerrecht etwas unrealistisch und veraltet, wenn es sorgfältig nach unbeteiligter Zivilbevölkerung und Krieg führenden Soldaten, den sog. Kombattanten, unterscheidet. Die Zivilbevölkerung wollen die Genfer Rotkreuz-Abkommen von 1949<sup>12</sup> vor militärischen Angriffen schützen. Die Kombattanten jedoch sind militärischen Angriffen voll ausgesetzt – wobei das Völkerrecht hier lediglich noch eine Art fair play des Tötens abzusichern sucht. Frauen dürfen nicht Kombattanten sein, weder aktiv noch passiv in kriegerische Auseinandersetzungen einbezogen werden, lautet bisher das herrschende Credo in deutscher Rechtsprechung und Lehre.<sup>13</sup>

Soldatengesetz und Soldatenlaufbahnverordnung ließen Frauen dementsprechend bisher ausschließlich als Freiwillige zum Sanitäts- und Militärmusikdienst zu. Unter den ca. 190 000 Berufs- und Zeitsoldaten der Bundeswehr befinden sich derzeit deshalb nur 4512 Frauen, die meisten im Sanitätsdienst und 59 im Musikdienst, wobei im Kriegsfall auch hier Sanitätsdienst zu leisten wäre. Damit sind diese Soldatinnen bisher sämtlich keine Kombattanten im Sinne des Völkerkriegsrechts. An der Waffe werden sie zwar ausgebildet, aber nur zur Selbstverteidigung. Zusätzlich verrichten in der Bundeswehr allerdings noch knapp 50 000 Zivilistinnen Verwaltungsarbeit, die in Staaten ohne Frauenausschluß zumeist von Soldatinnen erledigt wird.<sup>14</sup>

Dieser Schutz vor dem Töten-müssen und, zumindest der Idee nach, auch dem Getötet-werden durch Ausschluß vom Kombattanten-Status verschließt Frauen zugleich auch qualifizierte Ausbildungs- und Berufsmöglichkeiten<sup>15</sup> sowie eine im Anschluß an den Militärdienst mögliche privilegierte Übernahme in den öffentlichen Dienst. Wenn man den Ausschlußgrund konsequent zu Ende denkt, ist Frauen damit auch der Zugang zum Amt eines Bundesministers für Verteidigung, seinem beamteten Staatssekretär und sogar die Wahl zum Bundeskanzler verwehrt. Denn diese Amts-

<sup>9</sup> So gab es allein bei der Bombardierung Londons 1940 13 339 Tote. Im Juli 1943 starben im Zusammenhang mit den wenige Tage dauernden Luftangriffen auf Hamburg und dem dadurch ausgelösten Feuersturm sogar 35 000 Menschen, 100 000 wurden verletzt. Vgl. Bracker, J. (Hrsg.), Hamburgs Weg in den Feuersturm, memo Nr. 1 Okt. 1993, S. 100 u. 140.

<sup>10</sup> Zuleeg, M., Frauen in die Bundeswehr, in: DÖV 1997 S. 1017 ff., S. 1019, m.w.N.

<sup>11</sup> Vgl. Wullweber, H., Vergewaltigung als Waffe und das Kriegsvölkerrecht, in: KJ 1993, S. 179 ff.

<sup>12</sup> Genauer: das Zusatzprotokoll I zu den Genfer Abkommen vom 12. 8. 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (ZP I) vom 8. 6. 1977, BGBl II 1990 S. 1551; deutsches innerstaatliches Recht seit dem Gesetz zu den ZP I und II zu den Genfer Rotkreuz-Abkommen von 1949 vom 11. 12. 1990, BGBl II S. 1550.

<sup>13</sup> Vgl. BVerwG, Beschl. vom 20. 5. 1999, DVBl. 1999, S. 1437 ff. in Fortschreibung von BVerwG, Beschl. vom 30. 1. 1996, E 103, 301 ff.; Ipsen, K./Ipsen, J., Bonner Kommentar, Stand Jan. 1998, Art. 12a Rn. 294; Scholz, R., in: Maunz-Dürig, Grundgesetz, Okt. 1984, Art. 12 a Rn. 31, 201.

<sup>14</sup> Vgl. Peters, Chr., Frauen auf dem Vormarsch, in: FR 25. 2. 2000, S. 6; Frauenpolitischer Dienst (fpd) 15. 2. 2000 Folge 272/00, S. 4.

<sup>15</sup> Die Bundeswehr ist einschließlich ihrer zivil Beschäftigten der größte öffentliche Arbeitgeber. Auch Privatunternehmen stellen entsprechend qualifizierte Soldaten nach Ende ihres Militärdienstes gern ein.

inhaber können schon im Frieden Wachvorgesetzte bzw. nach Art. 115b GG im Verteidigungsfall oberster Befehlshaber von Soldaten und damit Kombattanten werden.<sup>16</sup>

Jetzt muß der Zugang zu den Streitkräften europarechtskonform umgestaltet werden. Die anders lautende Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>17</sup> aus dem Jahr 1999, welche den Ausschluß der Frauen vom Dienst mit der Waffe für nicht nur grundgesetzkonform, sondern auch EU-rechtskonform hielt, ist damit schon wieder Makulatur. Frauen werden in Zukunft auch Zugang zu bewaffneten Einheiten erhalten müssen. In den meisten NATO-Staaten werden Frauen heute bereits mit nur geringen Einschränkungen zum Waffendienst zugelassen, zuletzt 1999 auch in Italien. Polen hat dieselben Restriktionen wie Deutschland. Nur Luxemburg schließt Frauen noch vollständig vom Militär aus.<sup>18</sup> Selbst in Österreich und der ansonsten als konservativ geltenden Schweiz können Frauen freiwillig Waffen-Dienst leisten.

Wie weit die Öffnung in Deutschland gehen muß und soll, ist allerdings auch nach dem jüngsten Urteil des EuGH noch offen. Denn erscheint das Geschlecht »Mann« als unerläßliche Voraussetzung einer bestimmten militärischen Tätigkeit, dürfen Frauen auch nach der EU-Gleichbehandlungsrichtlinie weiterhin ausgeschlossen bleiben. Allerdings sind militärische Funktionen, in denen Frauen qua Geschlecht völlig undenkbar sind, bei strenger Betrachtung nicht begründbar. Der EuGH hat in dieser als heikel empfundenen Frage, immerhin war bis zuletzt umstritten, ob das Militär überhaupt den Vorgaben der wirtschaftspolitisch ausgerichteten EU-Verträge unterliege,<sup>19</sup> Flexibilitäten eingebaut, die nationale Besonderheiten berücksichtigen und damit Widerstände abfedern können. Sein Urteil wendet sich ausdrücklich nur gegen einen »unverhältnismäßigen« Ausschluß der Frauen aus dem Militär und beläßt dem nationalen Gesetzgeber ein Ermessen bei der Bestimmung der ausgeschlossenen Militärbereiche.<sup>20</sup> Die Staaten sind nach dem EuGH lediglich verpflichtet, die Ausnahmevorschrift der Gleichbehandlungsrichtlinie eng auszulegen sowie in regelmäßigen Abständen zu überprüfen, ob der Ausschluß von Frauen angesichts der weiteren sozialen Entwicklung noch gerechtfertigt ist oder aber beendet werden muß.

In zwei älteren Entscheidungen hat der EuGH bereits illustriert, wann Waffendienst vorerst auf Männer beschränkt bleiben kann: Im Fall Johnston<sup>21</sup> stellte er 1986 als Ausgangspunkt klar: Falls der Gesetzgeber Frauen vom Waffendienst<sup>22</sup> ausschließe, um sie vor einer Gefahr zu schützen, der Männer ebenso ausgesetzt seien, sei dies geschlechtsdiskriminierend und ein Verstoß gegen die europäische Gleichbehandlungsrichtlinie. Männer und Frauen seien also vom Gesetzgeber vor gleichen Gefahren gleich zu schützen. Ein bevormundender Sonderschutz der Frauen, wie er bisher auch in Deutschland existierte, war damit eigentlich bereits seit 1986 unzulässig.<sup>23</sup> Im Ergebnis allerdings billigte der EuGH im Fall Johnston dennoch den Ausschluß der Frauen aus den entgegen sonstiger britischer Übung bewaffneten Polizei-Einheiten Nordirlands angesichts der besonderen Umstände der dortigen Bürgerkriegssituation. Er folgte dabei dem Vortrag Großbritanniens, der Einsatz von bewaffneten Frauen würde von der nordirischen Bevölkerung als besonders provo-

16 Vgl. Repkewitz, U., Kein freiwilliger Wehrdienst für Frauen?, in: NJW 1997, S. 506 ff., S. 507.

17 Vgl. Fn. 13.

18 Vgl. Übersicht bei Weinlein, G., Gleichberechtigung im Gleichschritt, in: Das Parlament 21. 1. 2000, S. 7; Peters (Fn. 14); ausführlich Seidler, F. W., Frauen zu den Waffen?, Bonn 1998, S. 243 ff.

19 Vgl. Stein, T., Anmerkung, in: EuZW 2000, S. 213 f.

20 Vgl. EuGH (Fn. 1), S. 498 ebenso wie schon Ur. vom 26. 10. 1999, NJW 2000, S. 499 ff.

21 EuGH, Ur. vom 15. 5. 1986, Slg. 1986, 1651 ff.

22 Damals war es der Dienst in bewaffneten Polizeieinheiten in Nordirland.

23 Ebenso schon Zuleeg (Fn. 10), S. 1021 ff.

zierend empfunden werden, den Konflikt weiter eskalieren und deshalb auch die Frauen selber besonders gefährden.<sup>24</sup>

Im Fall Johnston ging es um den Einsatz einer Frau in Polizeieinheiten. Deshalb konnte die deutsche Regierung bis zur Entscheidung Sirdar im Oktober 1999 noch davon ausgehen, daß die EG-Gleichbehandlungsrichtlinie möglicherweise auf den militärischen Bereich gar nicht anwendbar sei. Danach war allerdings bereits absehbar, daß auch der deutsche Ausschluß der Frauen vom Kriegsdienst mit der Waffe vor dem EuGH fallen würde. Im Fall Sirdar ging es 1999 um eine britische Köchin und ihre Aufnahme in die Royal Marines. Diese Spezialeinheit der britischen Marine-Infanterie dient als Eingreiftruppe in vorderster Front. Zur Gewährleistung ihrer »Kampfkraft« wurde, so die Feststellungen des EuGH, die Regel der sogenannten »allseitigen Verwendbarkeit« aufgestellt und Frauen von diesem Truppenteil vollständig ausgeschlossen. Nach Ansicht des EuGH unterscheidet sich diese Einheit zu Recht grundlegend von den übrigen Einheiten der britischen Streitkräfte, deren »Speerspitze« sie bilde.<sup>25</sup> Es handele sich um eine Truppe von geringer Personalstärke, von der feststehe, daß auch die Köche tatsächlich mitkämpfen müßten. Eine Köchin mochte sich der EuGH hier prinzipiell nicht vorstellen, obwohl natürlich auch eine Frau die entsprechende All-round-Ausbildung erhalten könnte. Durch sie eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit anzunehmen, liege im Ermessen Großbritanniens. Auch in anderen NATO-Staaten werden Kampfschwimmer oder ähnliche Nahkampf-Trupps, Besatzungen von U-Booten oder auch Jagdflugzeug-Piloten bisher als eine letzte Insel kriegerischer Männlichkeit bewahrt.<sup>26</sup> Auch Stein will in seiner Anmerkung zum EuGH-Urteil Frauen zumindest aus Krisenreaktionskräften ausgeschlossen wissen.<sup>27</sup> Auf Befehl und nicht nur in Notwehr schießende Frauen erscheinen ihm weiterhin unakzeptabel.

Warum eigentlich? Wieso gefährdet eine schießende, immer einsatzbereite Köchin die Kampf-Potenz einer kleinen männlichen »Speerspitze«? Geht es hier um eine letzte Bastion hegemonialer Männlichkeit, die eben nur schrittweise aufgegeben werden kann?<sup>28</sup> Koch verweist auf staatliche Schutzpflichten »gegenüber einem noch unerkannten nasciturus, der mit seiner Mutter im befohlenen Kampfeinsatz einer Todes- oder Verletzungsgefahr ausgesetzt würde«<sup>29</sup> und überdehnt damit eindeutig das Schutzpflichtkonzept des Bundesverfassungsgerichts, welches bereits beim erkannten nasciturus eine höchst problematische verfassungsrechtliche Konstruktion darstellt. Der EuGH selber bleibt jede weitere Begründung schuldig. Aufschlußreicher sind die Ausführungen des Generalanwalts Antonio La Pergola in den Verfahren Sirdar und Kreil. Dieser mochte nämlich nicht ausschließen, »daß sich die Zulassung von Frauen negativ auf die Moral und den Zusammenhalt der Soldaten in den Kommandoeinheiten auswirken und so die Kampfkraft dieser Einheiten und damit letztlich die Verteidigung ... beeinträchtigen könnte«.<sup>30</sup>

Wie ist das zu verstehen? Mischt eine schieß- und kochbereite Frau allzu leicht eine kleine Männertruppe auf? Wohl kaum. Kann man Männer nicht in einer Kleingruppe allein mit einer Frau lassen, ohne daß die männliche »Speerspitze« abirrt, es Aggressionen gegen die Frau oder Spannungen zwischen den Männern gibt? Schon eher denkbar. Dieses Problem ist als Mobbing der Frauen in Polizei und Militär sowohl aus

<sup>24</sup> Vgl. EuGH (Fn. 21), S. 1694.

<sup>25</sup> EuGH (Fn. 20), S. 500.

<sup>26</sup> Siehe Seidler und Weinlein (Fn. 18).

<sup>27</sup> Vgl. Stein (Fn. 19), S. 213.

<sup>28</sup> Vgl. Connell (Fn. 4), S. 233 ff.

<sup>29</sup> Vgl. Koch, Chr., Anmerkung, in: DVBl. 2000, S. 476 ff., S. 477.

<sup>30</sup> Schlußanträge des Generalanwalts Antonio La Pergola vom 26. 10. 1999 in der Rechtssache C-285/98, Edition Provisoire du 29. 10. 1999, S. I 26 und Fn. 34.

den USA<sup>31</sup> als auch aus Deutschland<sup>32</sup> hinlänglich bekannt, aber kein Problem nur bestimmter Kampftruppen. Es muß also auch nicht durch einen partiellen Ausschluß der Frauen, sondern durch eine Umstrukturierung der Armee und Veränderung männlicher Verhaltensweisen gelöst werden.

Letztlich geht es bei »Moral« und »Zusammenhalt« im Sinne Pergolas um den Erhalt eines spezifisch männerbündischen Moments, einen in reinen Männerkulturen auftretenden Gruppenzusammenhalt, der ein besonderes Machtpotential erzeugt.<sup>33</sup> Dieses organisationssoziologisch und nicht etwa durch natürliche männliche Aggressivität zu erzeugende besondere Potential soll militärisch genutzt werden. Es ist als extrem hohes Aggressionspotential auch außerhalb des Militärs alltäglich zu beobachten, so bei Sportmannschaften, vor allem aber Fussball-Fan-Gruppen, Rokokern, Skins und Rechtsradikalen. Das sind die »Waffen«, deren Einsatz zumindest in vorderster Front weiter gesichert werden soll. Eben die Klimaentspannung, die durch den Eintritt von Frauen in Männerdomänen im sonstigen Berufsleben so oft registriert wird, ist bei den besonderen Kampfeinheiten nicht gewünscht. Der General der französischen Fremdenlegion, Christian Piquemal, bringt diesen Sachverhalt noch deutlicher als La Pergola auf den Punkt: »Frauen sind mit der Natur der Legion nicht zu vereinbaren ... Die Legion beruht auf dem Prinzip des Zusammenhalts und der Kameradschaft zwischen Männern. Frauen wären das Ende der Legion.«<sup>34</sup> Und gerade deshalb sollten Frauen, meiner Ansicht nach, auch hier zugelassen werden. Der Einsatz maskuliner Gruppen-Aggressivität bildet ein besonders barbarisches Relikt moderner Kriegsführung, welches die Grenzen des Kriegsvölkerrechts erfahrungsgemäß immer wieder zu sprengen droht.

## 2. Grundgesetzänderung oder richtlinienkonforme Auslegung?

Im Fall Kreil hat der EuGH zum ersten Mal eine Bestimmung des Grundgesetzes, zumindest in ihrer Auslegung durch die bisherige obergerichtliche Rechtsprechung, als nicht europarechtskonform gebrandmarkt. Allerdings spricht der EuGH diesen Befund nicht direkt aus. Denn sein Urteil erwähnt Art. 12a GG explizit nur am Anfang und lässt am Ende offen, ob der unzulässige Ausschluß von Frauen in Deutschland nur auf das Soldatengesetz und die Soldatenlaufbahnverordnung oder auch auf den dahinter stehenden Art. 12a Abs. 4 Satz 1 GG zurückzuführen ist. Damit gerät eine rechtspolitische Tradition, ein unausgesprochenes Stillhalte-Abkommen zwischen EuGH und Bundesverfassungsgericht ins Wanken. Der Streit, wie sich Recht der Europäischen Union und Grundgesetz zueinander verhalten und wer den Konflikt gegebenenfalls entscheidet, schwelt schon seit langem zwischen beiden Gerichten. Bisher haben beide stets versucht, sich mit getrennten Rechtssphären und Zuständigkeiten zu behelfen. Doch was geht im Konfliktfall vor, Recht der EU oder Grundgesetz? Welches Recht ist gegebenenfalls durch konforme Auslegung oder Änderung anzupassen und durch wen?

Lassen sich die Rechtssphären tatsächlich getrennt halten, ist der Fall einfach: EuGH und Bundesverfassungsgericht interpretieren ihr jeweiliges Recht, Änderungen kann sowieso nur der jeweils zuständige Gesetzgeber vornehmen. In der Maastricht-

31 So gab in einer Pentagon-Umfrage aus dem Jahr 1995 jede zehnte Soldatin an, Opfer sexueller Übergriffe von Vorgesetzten oder Kollegen geworden zu sein, vgl. Böhm, A., »Sexskandal« in der US-Armee, in: taz 16./17. 11. 1996, S. 9.

32 Gerade machte der Fall Silvia Braun, einer Polizistin, die offenbar wegen fortgesetzten Mobbings in den Tod ging, Schlagzeilen. Vgl. Maußhardt, PH., Die zwei Tode der Silvia Braun, in: taz 8. 2. 2000, S. 13.

33 Vgl. Rastetter, D., Sexualität und Herrschaft in Organisationen, Opladen 1994, S. 236 ff, insbes. S. 250.

34 Zitiert nach Bremer, H.-H./Roser, Th., »Weder Amazonen noch Pompom-Girls«, in: FR 25. 2. 2000, S. 6.



Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>35</sup> wurde diese Linie allerdings bereits 1993 erschüttert. Denn mit seiner »Brückenwächter-Theorie«<sup>36</sup> diente sich das Bundesverfassungsgericht damals für die Zukunft als grundgesetzlicher Retter aus europarechtlicher Not, insbesondere drohendem Land unter in der Währungsfrage, an: Überschritten europäische Organe ihre nur begrenzten Handlungsermächtigungen aus den EU-Verträgen, könne das Bundesverfassungsgericht dagegen angerufen werden.<sup>37</sup> In diesem Fall wollte das Bundesverfassungsgericht künftig also das EU-Recht grundgesetzkonform zurückstutzen. Praktisch wäre dieses Vorgehen selbstverständlich höchst problematisch. Denn es gefährdete die Einheitlichkeit der Rechtsauslegung und -anwendung im Bereich der EU.

Jetzt hat sich das Verhältnis umgekehrt. Der Europäische Gerichtshof gibt dem Grundgesetz faktisch eine EU-konforme Auslegung für Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG vor. Ist diese nicht vertretbar oder wird sie nicht von allen staatlichen Stellen übernommen, müßte der Grundgesetzartikel geändert werden. Einfach unanwendbar wird Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG jedenfalls durch seinen Verstoß gegen eine EG-Richtlinie nicht.<sup>38</sup> Der Grundsatz europarechtskonformen Verhaltens verpflichtet alle drei innerstaatlichen Gewalten lediglich, den vom EuGH festgestellten Verstoß zu beheben, ohne den Weg dahin im Einzelnen vorzugeben. So bewirkte beispielsweise die Feststellung des EuGH, der deutsche Gesetzgeber von 1980 habe durch die Schadensersatzregelung des § 611a Abs. 2 BGB (sog. Porto-Paragraph) das Diskriminierungsverbot der EG-Richtlinie 76/207/EWG nur unzureichend umgesetzt,<sup>39</sup> keine Unanwendbarkeit dieses Absatzes. Da der Gesetzgeber nach dem Urteil noch viele Jahre untätig blieb, folgte eine nach Begründung und Ergebnis höchst unterschiedliche arbeitsgerichtliche Rechtsprechung zu Schadensersatzansprüchen im Fall festgestellter Einstellungsdiskriminierung. Insofern ist auch die künftige Entscheidung des VG Hannovers im Fall Kreil nicht zwingend durch den EuGH vorgegeben. Das VG wird neben dem jeweils geltenden Wehrrecht auch Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG für seine Entscheidung anwenden und auslegen müssen.

In der Auslegung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>40</sup> und der bisher wohl noch vorherrschenden Meinung in der Literatur<sup>41</sup> jedenfalls verstößt Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG nunmehr gegen EU-Recht. Denn dieser Ansicht nach schließt dieser Grundgesetz-Artikel entsprechend dem Willen des historischen Gesetzgebers nicht nur den zwangsweisen, sondern auch den freiwilligen Waffendienst von Frauen aus. Das Bundesverfassungsgericht hat sich im Plenum zum freiwilligen Waffendienst bisher nicht geäußert, sondern nur zur Wehrpflicht.<sup>42</sup> Eine Kammer des Zweiten Senats deutete aber 1997 ebenfalls an, daß sie dieser Auslegung unter Berufung auf den

35 BVerfG, Urt. v. 12. 10. 1993, E 89, 155 ff.

36 BVerfG-Richter Kirchhof sah das deutsche Zustimmungsgesetz damals als Brücke, über die das EU-Recht nach Deutschland einflösse (eindringe?), und das Bundesverfassungsgericht als Brückenwächter, der europäischen Normen den Zugang verwehre, wenn sie vom deutschen Zustimmungsgesetz nicht mehr gedeckt seien. Vgl. Rupp, H. H., Ausschaltung des Bundesverfassungsgerichts durch den Amsterdamer Vertrag?, in: JZ 1998, S. 213 ff., S. 214 m.w.N.

37 Siehe BVerfG (Fn. 35), S. 156 Leitsatz 5 und 188.

38 Vgl. Sacksofsky, U., Europarechtliche Antworten auf Defizite bei der Umsetzung von Richtlinien, in: Danwitz, Th. v. u. a. (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit, Stuttgart u. a. 1993, S. 91 ff., S. 98.

39 Vgl. EuGH, Urteile vom 10. 4. 1994, Slg 1984, 1891 ff. sowie 1921 ff.

40 Vgl. BVerwG, Beschl. vom 30. 1. 1996, E 103, 301, 303 ff. und Beschl. vom 20. 5. 1999, DVBl. 1999 S. 1437 ff.

41 Vgl. Ipsen, K./Ipsen, J., Bonner Kommentar, Stand Jan. 1998, Art. 12a Rn. 294; Scholz, R., Maunz-Dürig, Grundgesetz, Stand Feb. 1999, Okt. 1984, Art. 12a Rn. 199; Seifert, K.-H./H. Hömig, D., Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6. A. Baden-Baden 1999, Art. 12a Rn. 6; weitere Nachweise bei Repke-witz (Fn. 16), S. 507 Fn. 11.

42 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 20. 12. 1960, E 12, 45, 52 f.

historischen Gesetzgeber zuneige.<sup>43</sup> Demnach würde Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG eine verfassungsimmanente Sonderregelung zu den Gleichheitssätzen der Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 und Art. 33 Abs. 2 GG darstellen. Aus den Diskussionen bei der Gesetzgebung ergäbe sich eindeutig, daß der historische Gesetzgeber Frauen von jeder Art des Waffendienstes ausschließen wollte und nicht nur im Rahmen der Wehrpflicht. Ein Blick in die damaligen Sitzungsprotokolle zeigt, daß dieser historische Befund zutrifft.<sup>44</sup> Aber auch Wortlaut und systematische Stellung will diese Ansicht für sich anführen. Denn es sei in Satz 2 nicht nur von »Wehrpflicht«, sondern allgemeiner von »Dienst« die Rede, den Frauen nicht mit der Waffe leisten dürften. Hier allerdings setzt die Kritik einer neueren Lehrmeinung ein, nach welcher sich das Verbot eines bewaffneten Einsatzes von Frauen nur auf den zwangsweise geleisteten Wehrdienst, nicht aber auf den freiwilligen Eintritt in die Bundeswehr beziehen soll.<sup>45</sup> Teilweise will diese Lehrmeinung bereits den Wortlaut anders verstanden wissen. »Dienst« in Art. 12a Abs. 4 S. 2 GG sei nämlich zu beziehen auf die im ersten Satz genannten »Dienstverpflichtungen« von Frauen im Verteidigungsfall und meine schon deswegen nur den unfreiwilligen Dienst mit der Waffe. Über einen freiwilligen Einsatz sage dieser Satz daher schon nach seinem grammatischen Zusammenhang mit Satz 1 gar nichts aus. Hauptargument jedoch ist die systematische Stellung des Satzes 2 am Ende des Absatzes 4 von Art. 12a GG. Dieser Satz sei seiner Stellung im Grundgesetz nach keine Beschränkung der allgemeinen Berufsfreiheit von Frauen aus Art. 12 Abs. 1 GG, sondern nur eine Beschränkung der direkt davor eingeführten besonderen Dienstpflichten für Frauen. Als Ausnahme von den grundgesetzlichen Gleichbehandlungsansprüchen sei Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG eng auszulegen. Im übrigen müsse das, was der historische Gesetzgeber angesichts einer völlig anderen Nachkriegsrealität subjektiv gemeint habe, nicht den objektiven Gehalt der heutigen Norm ausmachen. Das damalige Verständnis von Natur und gesellschaftlicher Stellung der Frau, das zu ihrem völligen Ausschluss aus dem Militär geführt habe, sei heute gesellschaftlich überholt.

Tatsächlich kommt es bei der Auslegung einer Norm nicht auf den historisch geäußerten Willen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen an, dieser liefert nur Anhaltspunkte für die Interpretation der Norm. Entscheidend ist der in der Norm objektivierte Wille des Gesetzgebers, auch nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts.<sup>46</sup> Insofern spielen auch die systematische Stellung und der Zweck einer Norm eine wichtige Rolle.

Der vom Grundgesetzgeber ursprünglich intendierte besondere Schutz für Frauen durch ihren Ausschluß vom Kombattanten-Status ist heute, wie anfangs dargestellt, unrealistisch. Insofern kann Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG sein ursprüngliches Ziel nicht mehr erreichen. Der herrschenden Meinung liegt neben einem überholten Kriegsbild aber vor allem ein völlig veraltetes Frauenbild zu Grunde: die Frau als Hüterin des Hauses, schwach, ängstlich und von Natur aus friedfertig, so daß der Mann sie draußen im Felde als Kämpfer schützen muß. Von derartigen Klischees haben sich Rechtsprechung und Gesetzgebung im sonstigen Verfassungs- und Arbeitsrecht zu Recht inzwischen völlig entfernt. Gerade das Bundesverfassungsgericht hat mit

43 Vgl. BVerfG, 1. Kammer des Zweiten Senats, Beschl. v. 5. 9. 1997, NJW 1998, S. 57.

44 Vgl. historische Auslegung bei Richter, U., Frauen und Bundeswehr, Diss. Hamburg 1999, S. 316 ff., insbes. S. 332; Seidner (Fn. 7), S. 35 ff.

45 Vgl. Jarass, H. D./Pieroth, B., Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. A. München 1997, Art. 12a Rn. 3; ausführlich Richter, U., Frauen und Bundeswehr, Diss. Universität Hamburg 1999 und Seidner (Fn. 7); Brouck, L., Frauen als Kombattanten, in: ZRP 1996, S. 127 f.; Repkewitz (Fn. 16), m.w.N. S. 507 Fn. 12; Slupik, V., Bewaffneter Dienst von Frauen in der Bundeswehr, in: ZRP 1990, S. 305 f.; Zuleeg (Fn. 10).

46 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17. 5. 1960, E 11, 126, 130 f.



seinen neueren Entscheidungen zu Art. 3 Abs. 2 GG ein völlig anderes Bild von der im Grundgesetz geschützten Stellung der Frau gezeichnet: aktiv und vollständig in alle Bereiche des staatlichen Gemeinwesens integriert. Im Rahmen der Einheitlichkeit der Verfassung muß dieses Frauenbild auch in die Interpretation des Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG eingehen. Verstärkt wird dieser Aspekt inzwischen noch durch den 1994 eingefügten Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG, in dessen erstem Halbsatz alle staatliche Gewalt auf die »tatsächliche« Durchsetzung der Gleichberechtigung verpflichtet wird. Im Lichte dieses verfassungsrechtlichen Gleichstellungsauftrages ist nunmehr auch Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG möglichst eng auszulegen, so daß er Frauen nur vom zwangsweisen Dienst mit der Waffe ausschließt.

Hinzu tritt nach dem EuGH-Urteil nun auch noch der Gesichtspunkt einer richtlinienkonformen Auslegung,<sup>47</sup> zu der alle staatliche Gewalt in Konsequenz der Umsetzungspflichten aus Art. 249 Abs. 3 EGV verpflichtet ist. Zuleeg<sup>48</sup> weist zutreffend darauf hin, daß das Bundesverfassungsgericht diesen Weg im Fall des Nachtarbeitsverbots für Frauen<sup>49</sup> bereits 1992 einmal vorbildlich beschritten habe. Dabei ging es allerdings um die Anpassung einfachen Gesetzesrechts. Dasselbe könnte jedoch auch im vorliegenden Fall ohne größere rechtsdogmatische oder rechtspolitische Probleme geschehen angesichts einer Vorschrift des Grundrechtsteils, die selber nicht einmal ein Grundrecht enthält und einer Neuinterpretation, wie dargestellt, prinzipiell zugänglich ist.

Eine durch das höchste deutsche Gericht autorisierte und damit verfassungssichere Neuinterpretation in diese Richtung würde bestehende Zweifel und Unsicherheiten verfassungsfest ausräumen. Dieser Weg über eine Gerichtsvorlage oder Verfassungsbeschwerde erfordert jedoch erheblichen persönlichen Einsatz und ist zeitaufwendig. Wobei offen bleiben muß, ob der vorliegende Fall Kreil das Bundesverfassungsgericht im Ergebnis überhaupt in entscheidungsfähiger Form erreichen wird. Der Gesetzgeber sollte deshalb nicht so lange warten. Da es bisher noch keine bindende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Auslegung des Art. 12a Abs. 4 S. 2 GG gibt, könnten sich alle staatlichen Organe, also auch Untergerichte und Wehrgesetzgeber, ohne ausdrückliche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts der neueren europarechtskonformen Interpretation bedienen. Gestützt darauf könnte der Bundesgesetzgeber die Wehrgesetzgebung schon heute ändern.

Will man allerdings eine eindeutige, verfassungssichere Klarstellung für künftige Fälle, die insbesondere der entgegenstehenden bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts jede Grundlage entzieht, wird man um eine Grundgesetzänderung nicht umhin kommen. Hierzu bedarf es gemäß Art. 79 Abs. 2 GG jedoch einer verfassungsändernden Zwei-Drittel-Mehrheit in Bundestag und Bundesrat. Eine solche ist politisch sicherlich nicht leicht zu haben, bedenkt man, daß anlässlich dieser Grundgesetzänderung noch weitere Probleme aus dem Wehrpflichtbereich zur Sprache kommen dürften.

### 3. Allgemeine Wehrpflicht auch für Frauen?

Im Zusammenhang mit der Einführung des freiwilligen Waffendienstes für Frauen dürfte von interessierter Seite sofort problematisiert werden, ob Frauen dann nicht auch in die allgemeine Wehrpflicht ebenso wie Männer einzubeziehen seien. Wenn ein Ausschluß der Frauen vom freiwilligen Dienst mit der Waffe geschlechtsdiskriminier-

<sup>47</sup> Vgl. dazu näher Sacksofsky (Fn. 38), S. 95 ff.

<sup>48</sup> Vgl. Zuleeg (Fn. 10), S. 1024 f.

<sup>49</sup> Vgl. BVerfG, Urt. v. 28. 1. 1992, E 85, 191 ff.

rend war, könnte dasselbe nicht auch für Männer gegenüber einer reinen Männer-Wehrpflicht gelten? Nachwuchsmangel bei der Bundeswehr, vor allem aber Lücken beim Ersatzdienst, wenn der Wehrdienst weiter verkürzt wird, lassen hier neue, ganz praktisch motivierte Begehrlichkeiten in Richtung der Frauen wachsen. Es könnte im Zusammenhang mit einer Grundgesetz-Änderung also eine Diskussion um die Männer-Wehrpflicht in Art. 12a Abs. 1 GG und die darauf aufbauenden weiteren Vorgaben für den Ersatzdienst nach Art. 12a Abs. 2 ff. GG einsetzen. Ausweichen könnte man dieser Diskussion allerdings, wenn in Deutschland wie schon in vielen anderen NATO-Staaten zu einer reinen Berufsarmee übergegangen würde.<sup>50</sup>

Bereits im Sommer 1999 hat eine Strafkammer des Landgerichts Potsdam dem Bundesverfassungsgericht die Frage nach der Grundgesetzkonformität der bisherigen Wehrpflicht vorgelegt.<sup>51</sup> Ausgelöst durch den Fall eines Totalverweigerers wurde hier nicht die unterschiedliche Behandlung zwischen Männern und Frauen aufgegriffen. Vielmehr hält das Gericht die Wehrpflicht für einen unverhältnismäßigen Grundrechtseingriff gegenüber den Männern (und ggf. auch Frauen). Denn angesichts einer spätestens seit dem Abzug der letzten russischen Truppen 1994 veränderten sicherheitspolitischen Lage sei Deutschland inzwischen ebenso gut durch eine Berufsarmee zu verteidigen. Die Fortdauer der allgemeinen Wehrpflicht stelle deshalb eine übermäßige Belastung dar.

Eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1960<sup>52</sup> spricht allerdings zur Frage der Wehrpflicht ein klares Judicial Self Restraint aus: Die Frage der angemessenen Landesverteidigung wirke in alle Bereiche des staatlichen und gesellschaftlichen Lebens hinein: Allgemeinpolitische, wirtschafts- und gesellschaftspolitische Gründe von sehr verschiedenem Gewicht müssten gegeneinander abgewogen werden. Die Einführung der Wehrpflicht sei kein bloßes Mehr gegenüber einer Freiwilligen-Armee, sondern etwas qualitativ anderes. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Rechte Einzelner sei deshalb hier kein adäquater Maßstab, nach dem der Gesetzgeber bei seiner Wahl zwischen dem einen oder anderen System verfahren müsse.<sup>53</sup> 1978 hat das Bundesverfassungsgericht die Frage nach Wehrpflicht und Freiwilligen-Armee noch einmal ausdrücklich offen gelassen und beide Arten der Landesverteidigung für verfassungsrechtlich unbedenklich erklärt.<sup>54</sup>

Bei dieser Zurückhaltung sollte das Gericht im Interesse einer vernünftigen Gewaltenteilung und aus Respekt vor dem demokratischen Gesetzgeber auch bleiben. Derart grundlegende gesellschaftspolitische Fragen dürfen nicht am Parlament vorbei durch die Justiz entschieden werden. Ihr fehlen dafür neben den Entscheidungsmaßstäben auch die demokratische Legitimation<sup>55</sup> sowie die Verfahren zur demokratischen Einbeziehung betroffener Gesellschaftsgruppen und Fachkompetenz. Wenn jedoch eine Wehrpflicht nur für Männer als Geschlechtsdiskriminierung gegen die EG-Gleichbehandlungsrichtlinie und/oder das Grundgesetz verstoßen würde, dann dürfte zumindest diese Gestaltung der Wehrverfassung vor den Gerichten keinen

<sup>50</sup> Nach ersten Äußerungen im Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages möchte die SPD vor allem eine allgemeine Frauen-Wehrpflicht verhindern, während CDU/CSU, um einer Frauen-Wehrpflicht auszuweichen, jedenfalls nicht auf die Männer-Wehrpflicht verzichten möchte. Vgl. fdp 273/00 v. 1. 3. 2000, S. 2. Bündnis 90/Die Grünen hingegen plädieren für eine völlige Abschaffung der Wehrpflicht.

<sup>51</sup> Vgl. Gelinsky, K., Deutsche Normalität oder unverhältnismäßige Belastung?, in: FR 22. 7. 1999, S. 7.

<sup>52</sup> Vgl. BVerfG (Fn. 42).

<sup>53</sup> Vgl. BVerfG (Fn. 42), S. 52.

<sup>54</sup> Vgl. BVerfG, Urt. v. 13. 4. 1978, E 48, 127 ff.; wobei allerdings die Zulässigkeit der Freiwilligen-Armee explizit von ihrer Funktionstüchtigkeit abhängig gemacht wurde.

<sup>55</sup> Vgl. hierzu allg. schon Preuß, U. K., Die Wahl der Mitglieder des BVerfG als verfassungsrechtliches und -politisches Problem, in: ZRP 1988 S. 389 ff.; Neumann, V., Die Wahl der Bundesverfassungsrichter – »undemokratischer als die Papstwahl«?, in: Betrifft JUSTIZ 1999, S. 97 ff.

Bestand haben und nur die Frage nach den gleichberechtigungskonformen Alternativen der Politik überlassen bleiben. Insofern gäbe es kein Judicial Self Restraint. Das Bundesverfassungsgericht hat 1960 allerdings Zweifel daran geäußert, ob die Wehrpflicht überhaupt eine Benachteiligung darstellen könne.<sup>56</sup> Das ist befremdlich. Wehrpflicht bedeutet für Männer eine Einschränkung ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), ihrer Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und, wegen der Gefahr bei einem tatsächlichen Kriegseinsatz, auch ihres Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG). Wer nicht zum Militär muß, kann seine persönliche und insbesondere seine berufliche Entwicklung zügiger in eine anderweitig gewünschte Richtung vorantreiben als jemand, der eingezogen wird. Aus diesem Grund hat das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit Ausnahmen von Wehrpflicht und Ersatzdienst auch stets auf den Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes und die Wehrgerechtigkeit verwiesen.<sup>57</sup> Zwischen den Männern versteht das Bundesverfassungsgericht offenbar die Frage der Wehrpflicht durchaus als ein Problem der Gleichbehandlung und Gleichbelastung angesichts von Nachteilen. Frauen unterliegen diesen Einschränkungen und Belastungen nicht. Damit normiert Art. 12a Abs. 1 GG in Abweichung von den Gleichbehandlungsgeboten der Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG eine Ungleichbehandlung von Männern und Frauen, die an das Geschlecht anknüpft und Männer benachteiligt. Der weitere Schluß des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1960 greift ebenfalls zu kurz: Es argumentierte damals, eine Beschränkung der Wehrpflicht auf Männer könne schon deshalb keinen Verfassungsverstoß darstellen, weil der entsprechende Grundgesetzartikel, damals noch Art. 12 Abs. 3, heute Art. 12a Abs. 1 GG, als Ausnahmeregelung zu Art. 3 Abs. 2 und 3 GG gleichen verfassungsrechtlichen Rang habe.<sup>58</sup> Damit schloß das Bundesverfassungsgericht zu Unrecht den Gedanken an verfassungswidriges Verfassungsrecht schon vom Ansatz her aus. Der Grundsatz der Einheitlichkeit der Verfassung und der Gleichrangigkeit aller Verfassungsbestimmungen kann nicht unhinterfragt auch auf den Fall angewendet werden, daß eine Bestimmung erst neu in eine bestehende Verfassung eingefügt wird. Ein Gesetz, das die Verfassung ändert, darf dabei nicht gegen andere Normen der Verfassung verstoßen als diejenigen, die es ändern soll. Kann man diesen Verstoß nicht durch Verfassungsauslegung bereinigen, stellt sich ausnahmsweise nicht nur als theoretischer Extremfall,<sup>59</sup> sondern ganz praktisch die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der neu eingefügten Norm.<sup>60</sup> Die Wehrpflicht für Männer ist jedoch 1956/1968 neu in das Grundgesetz aufgenommen worden. Die Dissertation von Richter kommt denn auch zu dem Ergebnis, mangels Rechtfertigung dieser Ausnahme zugunsten von Frauen sei die Wehrpflicht allein für Männer in Art. 12a Abs. 1 GG verfassungswidriges Verfassungsrecht.<sup>61</sup> Meiner Ansicht nach läßt sich die Herausnahme der Frauen aus der Wehrpflicht jedoch derzeit noch rechtfertigen – allerdings nicht mit der Friedfertigkeit<sup>62</sup> oder Schutzlosigkeit oder einer sonstigen angeblichen »Natur« der Frau. Unverkennbar ist jedoch, daß die Frau, auch ohne daß es ihrer »Natur« entspräche, heute noch den Löwenanteil

<sup>56</sup> Vgl. BVerfG (Fn. 42), S. 53.

<sup>57</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 5. 11. 1974, E 38, 154, 167; Urt. v. 13. 4. 1978, E 48, 127, 162.

<sup>58</sup> Vgl. BVerfG (Fn. 42), S. 52.

<sup>59</sup> Hierzu schon BVerfG, Urt. v. 18. 12. 1953, E 2, 225, 231 ff. u. 247 ff.

<sup>60</sup> Vgl. ebenso v. Münch, I., Ein Widerspruch zum Gleichbehandlungsgebot, in: FR 22. 6. 1999, S. 7 mit Bezug zu Art. 12a Abs. 4 S. 2 GG.

<sup>61</sup> Vgl. Richter, U., Frauen und Bundeswehr. Diss. Universität Hamburg 1999, S. 383.

<sup>62</sup> Vgl. hierzu die Analyse von Mitscherlich, M.: Die friedfertige Frau, Frankfurt/M. 1985, wonach lediglich die Verarbeitung gleichermaßen vorhandener Aggression bei Männern und Frauen durch geschlechtsspezifische Sozialisation bedingt heute (noch) unterschiedlich erfolgt.

aller unbezahlten Reproduktionsarbeit leistet. So sind Hausarbeit und Kinderbetreuung noch immer Frauendomänen. Insbesondere der Anteil der Väter am Erziehungsurlaub<sup>63</sup> stagniert seit Einführung des Erziehungsurlaubs vor 25 Jahren bei unter 2 Prozent. Wenn Frauen mit Kleinkindern erwerbstätig sind, betreuen in der Regel nicht die Väter, sondern die Großmütter deren Kinder.<sup>64</sup> Und ein Umschwung auf Seiten der Männer als Gruppe ist noch lange nicht in Sicht.<sup>65</sup> Auch mehr als zwei Drittel aller Pflegearbeit in deutschen Privathaushalten wird von Frauen erbracht.<sup>66</sup> Von gleichen Lebenschancen sind Frauen und Männer also trotz aller Gleichberechtigungs- und Partnerschaftsrhetorik im privaten Lebensbereich noch weit entfernt, weil die private Reproduktionsarbeit nahezu unverändert einseitig auf den Frauen lastet.

Angesichts dieser gesellschaftlichen Ungleichheit hat der Kompensationsansatz noch immer Berechtigung, den das Bundesverfassungsgericht 1987<sup>67</sup> im Zusammenhang mit dem vorgezogenen Altersruhegeld zugunsten der Frauen entwickelt hat. Frauen können bisher die Versorgung von Kindern, Kranken und Alten faktisch und moralisch nicht einfach von sich weisen und erfahren dadurch vielfältige Nachteile in Beruf, aber auch in privaten Freiräumen und öffentlichem Leben. Dieser Nachteil trifft Frauen nicht, weil sie die Kinder gebären, also auf Grund biologischer Unterschiede – wie das Bundesverfassungsgericht allerdings 1987 noch meinte.<sup>68</sup> Väter und Gesellschaft reagieren vielmehr auf Elternschaft bisher nicht angemessen, so daß Frauen anknüpfend an ihre Mutter-Rolle strukturell diskriminiert werden. Nicht nur zum Ausgleich biologisch bedingter, sondern auch zum Ausgleich struktureller Benachteiligungen ist der Gesetzgeber jedoch gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG befugt, bei passender Gelegenheit einen sozialstaatlich motivierten typisierenden Ausgleich von Nachteilen anzuordnen. Durch ihre private Pflege-, Sorge- und Betreuungsarbeit verlieren die Frauen im Laufe ihres Lebens viel Zeit, die ihnen für eigene berufliche Entwicklung, aber auch politische Betätigung oder künstlerisches Schaffen nicht zur Verfügung steht. Die Freistellung von der Wehrpflicht ist ein geeigneter Weg, ihnen etwas von dieser Zeit durch die Gesellschaft zurückzugeben. Der lebensbiographische Zeitpunkt, in dem diese Begünstigung einsetzt, ist besonders günstig gewählt. Denn ohne Wehrpflicht können Frauen ihre berufliche Entwicklung im Anschluß an die Schul- und Ausbildungszeit zumindest dann bruchlos beginnen, wenn sie die Geburt eines ersten Kindes noch aufschieben wollen.

Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht in zwei neueren Entscheidungen Kompensation konkreter gefaßt und damit einen längerfristig unter Gleichbehandlungs- und Angleichungsgesichtspunkten eigentlich besseren Weg beschritten: Der Nachtarbeitsschutz soll seit dem Urteil von 1992 nicht mehr an das Geschlecht anknüpfen, sondern an die tatsächlich vorhandene familiäre Belastung. Die zusätzliche Belastung durch Hausarbeit und Kinderbetreuung läge zwar zumeist faktisch bei den Frauen, das reiche als sozialer Befund zur Rechtfertigung einer geschlechtsbezogenen Ungleichbehandlung jedoch nicht aus.<sup>69</sup> Ebenso sollen nach dem Bundesverfassungsgerichts-Beschluß von 1995<sup>70</sup> zur Feuerwehrabgabe nicht mehr alle Frauen kompensatorisch

63 Der in Wahrheit gar kein Urlaub, sondern Arbeit ist ...

64 Vgl. Beck-Gernsheim, E., Was kommt nach der Familie?, München 1998, S. 88 m.w.N.

65 Vgl. die umfassende Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Familie usw. von Vaskovics, L. A./Rost, H., Väter im Erziehungsurlaub, Stuttgart 1999. Auch die Einführung der 28,8-Stunden-Woche bei VW hat für die Umverteilung privater Arbeitsbelastungen zwischen den Geschlechtern leider nicht den emanzipationspolitisch erhofften Durchbruch gebracht; vgl. Jürgens, K./Reinecke, K., Zwischen Volks- und Kinderwagen, Berlin 1998.

66 Vgl. Beck-Gernsheim (Fn. 64), S. 90 f. m.w.N.

67 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 28. 1. 1987, E 74, 163 ff.

68 Vgl. BVerfG (Fn. 67), S. 180.

69 Vgl. BVerfG, Urt. v. 28. 1. 1992, E 85, 191, 208 f.

70 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24. 1. 1995, E 92, 91, 112 f.

von der Dienstpflicht in der Feuerwehr freigestellt werden. Das Bundesverfassungsgericht schlug statt dessen auch hier geschlechtsneutrale Freistellungsregelungen vor, welche sachgerechter und spezifischer an die Mehrfachbelastung durch Hausarbeit, Kinderbetreuung und Beruf anknüpfen könnten.

Dieser Ansatz läßt sich auf die Wehrpflicht allerdings nicht übertragen. Denn Feuerwehrdienst und Nachtarbeit überschneiden sich mit dem Zeitraum, in dem auch Pflege- oder Betreuungsarbeit zu leisten sind, und verschärfen diese Lasten. Hier macht eine belastungsbezogene Freistellung aller, der vielen betroffenen Frauen und der wenigen betroffenen Männer, Sinn. Im Fall der Wehrpflicht jedoch stellen sich die Lasten, die kompensiert werden sollen, typischerweise erst anschließend ein, während die Nachteile in der beruflichen Entwicklung sofort spürbar werden. Denn die meisten Wehrpflichtigen werden im Anschluß an ihre Schul- oder Berufsausbildung einberufen. Frauen jedoch schieben die Geburt ihres ersten Kindes immer weiter hinaus, um vorher wenigstens noch einen Einstieg in den Beruf zu schaffen. So lag das durchschnittliche Alter verheirateter Frauen bei der Geburt ihres ersten Kindes in Deutschland 1996 bei 28,3 Jahren,<sup>71</sup> also einem Alter, wo die meisten Männer heute ihre Wehrpflicht längst abgeleistet haben. Pflegebedürftige Angehörige gibt es zu- meist erst in späteren Lebensabschnitten, wenn Eltern oder Lebenspartner ein entsprechendes Alter erreicht haben. Will man also die Wehrpflicht weiterhin in ein soziales Kompensationsmodell zum Ausgleich übermäßiger Belastung durch Haus- und Familienarbeit einbeziehen, kann solches nur abstrakt-typisierend in Anknüpfung an das Geschlecht und im Vorgriff auf künftig geschlechtsrollentypisch zu erwartende Belastungen geschehen.

Angesichts der wenigen Kompensationsmöglichkeiten, die es zugunsten von Frauen überhaupt noch gibt, und angesichts der zentralen Bedeutung, die ein zügiger Berufseinstieg für die künftige Erwerbsbiographie von Frauen angesichts der gesellschaftlich bisher unzureichend gelösten Frage der Kinderbetreuung hat, sollte der Gesetzgeber derzeit Frauen weiterhin von der Wehrpflicht freistellen und auch verfassungsrechtlich freistellen dürfen. Hier sollte wie schon bei der vorgezogenen Altersrente gelten, daß zum Ausgleich von geschlechtsrollenbedingten Nachteilen die Einräumung eines den Frauen gewährten, nicht allzu erheblichen Vorteils verfassungsrechtlich unbedenklich ist. Nicht allzu erheblich ist eine Freistellung vom Wehrdienst nicht nur, weil der Wehrdienst laufend verkürzt wurde und wird, sondern auch, weil die Männer es trotz Wehrdienst und schlechterer Schulabschlüsse derzeit noch immer schaffen, Frauen binnen kurzem im Beruf nach Einkommen und Status zu überflügeln.

#### 4. Sieg des Feminismus – Niederlage des Pazifismus?

Wie auch immer die Veränderung von Wehrgesetzen und Verfassung im einzelnen ausfallen wird, hat damit der Feminismus gesiegt und zugleich der Pazifismus eine Niederlage erlitten? Die Antwort sollte differenzierter ausfallen.

Frauen ist durch das Urteil des EuGH ein neues, zumindest in Teilen auch attraktives Berufsfeld geöffnet worden. Das alte Klischee von der friedfertigen und schwachen Frau wurde in einem weiteren gesellschaftlichen Bereich abgebaut und eine letzte Bastion hegemonialer Männlichkeit geschliffen. Jetzt sind es in Deutschland nur noch Religionsgemeinschaften wie die katholische Kirche (und der Islam), die sich den Frauen weitestgehend verschließen. Insofern muß von einem Fortschritt die Rede sein. Die Öffnung der Bundeswehr ist allerdings mit einer Veränderung der Rechts-

<sup>71</sup> Vgl. Stat. Bundesamt zitiert nach Beck-Gernsheim (Fn. 64), S. 70.

lage erst begonnen, aber noch keineswegs vollzogen. Man wird deshalb angesichts ausländischer Erfahrungen zeitgleich auch über die Einführung von Strukturen nachdenken müssen, die eine interne Benachteiligung, insbesondere die sexuelle Belästigung von Frauen in der Bundeswehr verhindern.

Dieser Fortschritt in Sachen Gleichstellung der Geschlechter würde allerdings wieder geschmälert, wenn der Preis dafür die Einführung der allgemeinen Wehrpflicht auch für Frauen hier und jetzt wäre. Langfristig wird diese Konsequenz zwar unausweichlich, solange es keine Berufsarmee gibt. Kurzfristig allerdings wäre diese Entwicklung für Frauen fatal, da die sonstigen gesellschaftlichen Benachteiligungen für Frauen im Berufsleben andauern und jetzt noch eine neue Belastung hinzu käme.

Andererseits ist der bewaffnete Militärdienst kein Beruf wie jeder andere. Er ist mit der Berechtigung verbunden, im Ernstfall ohne Notwehr auf Befehl zu töten. Frauen werden jetzt in diesen Bereich einsteigen, wie sie es in den meisten NATO-Staaten schon länger tun, nicht in Massen, aber doch erkennbar. Auch bei dem insoweit fortgeschrittensten NATO-Mitglied, den USA, liegt der Frauenanteil in den Streitkräften heute noch bei nur 14 Prozent.<sup>72</sup> In Süditalien allerdings, wo derzeit große Arbeitslosigkeit herrscht, machen Bewerbungen von Frauen ein halbes Jahr nach ihrer Zulassung zum Militär bereits 60 Prozent aller Bewerbungen bei der Militärakademie der Marine aus. In Norditalien sind es bei besserer Arbeitsmarktlage nur 10 Prozent.<sup>73</sup> Die weitere Entwicklung im Militärbereich ist also auch abhängig von der allgemeinen Arbeitsmarktentwicklung. Die derzeitigen Nachwuchsprobleme der Bundeswehr wird der zukünftige Fraueneinsatz jedenfalls abmildern. Insofern mag aus der Sicht derjenigen, die für eine völlige Abschaffung der Bundeswehr eintreten, von einem Rückschlag gesprochen werden.

Frauen war ihr »Pazifismus«, verstanden als militärische Enthaltbarkeit, bisher allerdings wegen ihres Geschlechts grundgesetzlich verordnet. Erst jetzt wird Pazifismus und Absehen vom Kriegsdienst dem politisch-ethischen Beurteilungsvermögen jeder einzelnen Frau überantwortet. Dadurch wird ihre persönliche Entscheidung vielfach überhaupt erst gesellschaftlich sichtbar und ernst zu nehmen. Dieser Schritt zu mehr staatsbürgerlicher Autonomie und Verantwortung der Frauen ist begrüßenswert sowohl aus feministischer als auch aus pazifistischer Perspektive.

Darüber hinaus dürfte die Integration der Frauen in die Bundeswehr, ob nun als Freiwillige oder sogar als Dienstverpflichtete, auf jeden Fall dazu führen, daß die Bundeswehr die Pluralität der heutigen Gesellschaft besser widerspiegelt als bisher. Damit hat sich die Chance für ihre demokratische Öffnung und gesellschaftliche Integration in den Rest der Gesellschaft verbessert. Auch das bedeutet einen uneingeschränkten gesellschaftlichen Fortschritt.

<sup>72</sup> Vgl. Weinlein (Fn. 18).

<sup>73</sup> Vgl. Arens, R., Männer bestaunen die »rosa Welle«. Beim Run auf Offiziersjobs sind Italiens Frauen schon vorn, in: FR 25. 2. 2000, S. 6.